

A FUNÇÃO CAUTELAR DO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL

TEORI ALBINO ZAVASCKI *

*Juiz do TRF - 4ª Região
Professor de Direito na UFRGS*

1. A atualidade e o interesse pelo tema do mandado de segurança contra ato judicial sujeito a recurso sem efeito suspensivo já não estão mais relacionados com o seu cabimento propriamente dito, superada que está a interpretação literal e rígida do art. 5º, inc. II, da Lei n. 1.533/51 e da Súmula n. 267 do STF. O que hoje se reclama e se busca, são diretrizes básicas que dêem suporte, em forma sistemática, à solução de diversos pontos específicos ainda controvertidos no debate doutrinário e jurisprudencial.

2. Com efeito, a fecunda utilização do mandado de segurança contra ato judicial é campo para acirrados debates de opinião, com soluções divergentes, a propósito, dentre outros, dos temas relacionados com (a) a dispensabilidade ou não da interposição de recurso próprio contra o ato atacado, (b) o objeto e a natureza da ordem perseguida (efeito suspensivo ao recurso interposto ou apreciação, desde logo, do mérito recursal), (c) o cabimento do mandado de segurança para obtenção de liminar denegada pelo juízo impetrado, ou (d) para suspender a execução de liminar concedida em outro mandado de segurança ou outra medida cautelar.

3. Se é vasto o temário das controvérsias, é também significativo o campo onde a comunhão de opiniões se faz harmoniosa. Assim, pode-se afirmar como pacífico o entendimento de que o êxito do mandado de segurança contra ato judicial, em princípio e como regra, supõe, além do



*Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 08/05/2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. A função cautelar do mandado de segurança contra o ato judicial.

Ajuris, v. 17, n. 50, p. 82-87, nov. 1990.

bonus ius, também (a) a existência de risco de dano irreparável ou de reparabilidade difícil ou incerta, e (b) a inoccorrência de preclusão ou coisa julgada. É também voz corrente na doutrina e nos Tribunais que (c) mandado de segurança contra ato judicial não é sucedâneo para a via recursal comum.

4. Com a dispensável ressalva de que a pretensão de oferecer soluções definitivas para o debate é atitude de pura presunção, ressalta-se que a meditação e o estudo dos assinalados pontos de convergência representam fonte de valioso auxílio, para a resolução das divergências apontadas.

5. A primeira e fundamental conclusão a que se pode chegar a partir do exame das convergências de opinião acima remarcadas é a de que o objeto da proteção do mandado de segurança em foco não é o possível direito líquido e certo que exsurge da abusividade ou da ilegalidade do ato judicial em si mesmo. Realmente, a se ter como assentado que o mandado de segurança contra ato judicial sujeito a recurso sem efeito suspensivo somente é cabível ante a iminência de risco de dano irreparável, o que se está afirmando é que o ato judicial ainda que ilegal, abusivo e ofensivo a direito líquido, é, por si só, inatacável pela via mandamental. Da mesma forma, quando se diz que o mandado de segurança não é sucedâneo de recurso, o que se está dizendo é que ele não se presta à função de reformar ou anular o ato judicial praticado.

6. Aliás, se o direito líquido e certo protegido fosse o decorrente da abusividade ou ilegalidade do ato judicial em si mesmo, é certo que o requisito do dano irreparável não se compatibilizaria com o preceito constitucional que garante mandado de segurança contra qualquer ato de autoridade, abusivo ou ilegal, ainda quando dele não decorra prejuízo imediato ou irreparável (CF, art. 59, LXIX). Mais: não haveria como

compatibilizar o pressuposto da ausência de preclusão ou coisa julgada, com o preceito legal que assegura prazo maior, de cento e vinte dias, para requerer a ordem (Lei n. 1.533/51, art. 18).

7. Por outro lado, é resultado necessário da adoção dos pontos de convergência antes assinalados, a configuração de uma lide com natureza própria, onde o cerne da controvérsia será a existência do perigo (= risco de dano irreparável), no curso do processo (= ausência de preclusão ou coisa julgada), decorrente de ato judicial. A pretensão, conseqüentemente, será a de obter provimento apto a afastar o perigo, ou seja, terá contorno tipicamente cautelar.

8. O direito de não sofrer, no curso do processo, dano irreparável ou de difícil reparação, decorre da Constituição. É que a jurisdição, esse poder do Estado de tornar efetiva a ordem jurídica, exercido em forma monopolizada, enseja, em relação ao jurisdicionado, duas ordens de conseqüência: o dever de submissão e o direito de fazê-la atuar (direito de ação). Nas duas hipóteses, direito e dever submetem-se ao processo, que é o sistema, o método, o instrumento da prestação jurisdicional pelo Estado. E, segundo mandamento constitucional expresso, *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes* (art. 59, LV). Pois bem, se o Estado submete, obrigatoriamente, todas as pendengas a um processo organizado e comandado por sua autoridade - com previsão de indispensável contraditório e ampla defesa exercidos inclusive por recursos - é certo que haverá de garantir aos litigantes que a submissão ao processo regular *não* poderá, por si só, acarretar, antes do seu final, risco de dano ao bem jurídico em disputa. Em outras palavras: se, por força da Constituição, têm os litigantes o dever de submissão às vias processuais estabelecidas, também por força constitucional têm eles o direito

de não sofrer danos irreparáveis no curso do processo, enquanto não esgotados todos os meios e recursos inerentes ao contraditório e à ampla defesa. Do dever de submissão à jurisdição do Estado decorre, portanto, o direito à utilidade do resultado da prestação jurisdicional, o direito de não sofrer, no curso do processo, prejuízo que, pela sua irreparabilidade, acarrete, antecipadamente, uma situação de vitória irreversível da parte contrária. É este, portanto, o direito que se busca proteger quando o perigo de dano, no curso do processo, decorre de decisão do Juiz, vale dizer, do próprio órgão do Estado encarregado de prestar, com efetividade, a jurisdição.

9. À luz de tais considerações, pode-se sustentar que o mandado de segurança contra ato judicial sujeito a recurso sem efeito suspensivo é ação constitucional com função cautelar, cujo objeto é a proteção do direito à utilidade do processo, do direito de não sofrer prejuízos irreparáveis enquanto não entregue, de modo definitivo, a prestação jurisdicional assegurada constitucionalmente. O mandado de segurança, nestes casos, outro objeto não tem senão o de assegurar a efetivação da garantia outorgada pelo art. 5º, inc. LV, da Constituição, a que ambas as partes, aliás, têm direito, de modo a que se chegue a uma sentença potencialmente efetiva. Conforme estampado em precedentes do STF, o *mandado de segurança contra decisão judicial representa um expediente interino para assegurar o estado de coisas até que o recurso cabível pudesse ser examinado* (RT J, 118/743). Sua finalidade, portanto, é idêntica à da ação cautelar, que consiste, segundo lição clássica, em obter segurança para que o processo de conhecimento ou de execução leve a uma prestação jurisdicional útil.

10. São, com efeito, evidentes e incontestáveis os pontos de identidade entre a ação mandamental em foco e a ação cautelar. Ambas

supõem, além do *bonus ius*, a situação de risco, e, por isso, buscam afastar os perigos que o decurso do tempo pode gerar sobre a prestação jurisdicional buscada em outro processo. Ambas, portanto, supõem a existência (ainda que futura, no caso da cautelar preparatória) de outro processo, do qual dependem, inobstante a reconhecida autonomia. Quanto ao mandado de segurança, sua relação de dependência com a ação onde foi proferido o ato judicial atacado é a mesma que existe entre a ação cautelar e a ação principal: extinta a última, não tem a primeira razão para sobreviver. Também a exemplo da ação cautelar comum, o mandado de segurança, na espécie examinada, não busca satisfazer diretamente a pretensão deduzida na outra ação, nem compor a lide sobre aquela estabelecida. Busca, sim, garantir a utilidade da função jurisdicional, oferecendo providências oportunas para que o processo, que é instrumento de composição das lides, supere a eterna batalha contra a ação do tempo e não se transforme em causa de prejuízo às partes que a ele devem submissão. Nem a ação cautelar, nem o mandado de segurança teriam qualquer razão de ser se insubsistisse o outro conflito, o *conflito maior (lide total) que separa as partes*, na expressão de Galeno Lacerda, referindo-se à ação cautelar (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 3ª ed., VIII/46, Tomo I).

11. As semelhanças apontadas sugerem indagar da razão que impede, neste caso, a utilização da própria ação cautelar, ao invés do mandado de segurança. Diga-se, em resposta e antes de mais nada, que a alternativa não é solução inédita. Em recente julgamento de recurso em mandado de segurança contra ato judicial, o Min. Luiz Vicente Cernichiaro sustentou, perante a 2ª Turma do STJ, que, nesses casos, *tecnicamente, adequada seria a ação cautelar* (Recurso em Mandado de Segurança n. 353-SP, DJU, de 25.2.91, Seção I, p. 1.455). Entretanto, a demanda cautelar comum enfrentaria, aqui, dificuldades de adaptação à natureza e às circunstâncias em que o risco de dano se apresenta. A mais evidente é a de

que a fonte do perigo é o ato do próprio Juiz, do que resulta não poder ser ele também o Juiz da pretensão cautelar. Por isso, e considerando sobretudo tratar-se de ataque a ato de autoridade, nada mais apropriado do que lançar mão do instrumento constitucional do mandado de segurança que, por todas as razões, atenderá às inteiras o princípio da adequação, seja no seu aspecto subjetivo, seja no seu aspecto teleológico. Isso não inibe, entretanto, que as questões surgidas na ação mandamental sejam enfrentadas e decididas mediante invocação e emprego, no que for próprio, dos princípios e preceitos que informam e governam o processo cautelar.

12. Assentadas as premissas, examinem-se, agora e à luz delas, as questões que, como referido ao início, desencadeiam posições divergentes e antagônicas na doutrina e nos Tribunais. A primeira delas diz respeito à necessidade ou não de interposição de recurso próprio como requisito para admissão do mandado de segurança. A resposta afirmativa impõe-se. Tendo o mandado de segurança função acauteladora de outro processo (ou, se se quiser, mediatamente, da própria pretensão deduzida em outro processo), é evidente que este outro processo há de ser impulsionado regularmente pela parte, inclusive com a interposição dos recursos cabíveis. A falta de interposição do recurso implicaria preclusão ou coisa julgada. Em qualquer caso, de nada adiantaria a providência cautelar, por não mais subsistir o objeto da cautela. Não tendo havido recurso, não haveria razão para garantir a utilidade do seu julgamento. Transitada em julgado a sentença, extingue-se o processo, e nada mais haverá a acautelar. Esta, aliás, a jurisprudência dominante no STF: *mandado de segurança contra ato judicial não suspende prazos preclusivos* (RTJ, 120/73); sem o tempestivo recurso a decisão transita em julgado e o mandado de segurança enfrenta a Súmula n. 268 (RTJ, 118/730).

13. A outra e mais delicada questão é a de saber se a pretensão

a ser deduzida e apreciada no mandado de segurança é, simplesmente, a obtenção de efeito suspensivo ao recurso interposto, ou se é a de ver, desde logo, apreciado o mérito recursal. O enfoque antes emprestado à natureza da ação examinada evidencia a fragilidade do dilema, tal qual posto. É que, dada a função cautelar, o mandamento a ser expedido será qualquer dos que se contém no poder geral de cautela do Juiz (CPC, art. 798), o que seja o adequado para afastar o fundado receio de que, antes do julgamento do recurso, possa ocorrer lesão irreparável ou de difícil reparação ao direito da parte. Assim, a exemplo do que ocorre no processo cautelar, se o risco de dano irreparável decorrer de execução de medida determinada pelo ato judicial, a pretensão a ser deduzida no mandado de segurança será a de manter, simplesmente, o *status quo ante*. Neste caso, no geral das vezes, embora não necessariamente sempre, o *status quo* será mantido mediante outorga de efeito suspensivo ao recurso interposto. Se, entretanto, o perigo de dano irreparável decorrer de indeferimento de medida, de nada adiantaria dar-se efeito suspensivo ao recurso interposto. A cautela adequada para afastar o perigo, nesta hipótese, há de ser a de antecipar provisoriamente a própria pretensão recursal. Supera-se, destarte, a crítica que se faz à outorga de efeito suspensivo a recurso que não o tem, segundo a qual a medida importaria em violação à lei. Em verdade, o efeito suspensivo outorgado tem, nas circunstâncias, assento no amplo poder de cautela conferido ao Juiz, que o habilita a tomar qualquer medida que seja adequada à salvaguarda do processo ante a iminência de perigo. Se a lei confere ao Juiz até mesmo o poder de antecipar a outorga da própria pretensão deduzida pela parte, é certo que não lhe tolheria o de menor extensão, o de emprestar efeito suspensivo a recurso, caso essa seja a medida adequada e necessária à manutenção de *status quo* para estancar o perigo.

14. O que se disse acima antecipou, em certa medida, a resposta à questão do cabimento ou não do mandado de segurança contra ato judicial

deferitório ou indeferitório de medida liminar em outro mandado de segurança ou ação cautelar. Sustenta-se que a concessão ou não de liminar é faculdade do Juiz, situando-se em lindes de apreciação discricionária. Galeno lacerda observou que... *não é fácil conciliar os pressupostos do remédio constitucional, quanto à certeza e liquidez do direito, com a descrição que o Código concede ao Juiz em matéria de cautelar liminar ... Se o Juiz possui descrição para decretar ou não a tutela inicial, e para condicioná-la ou não à garantia por parte do autor, dificilmente será possível surpreender-se ofensa a direito líquido e certo, por ilegalidade ou abuso de poder, no uso desse agir discricionário, principalmente quando negativa a decisão, ou condicionante (op. cit., p. 360)*. Ninguém põe dúvida, entretanto, sobre a existência de limites à discricionariedade, que, em nenhuma hipótese, poderá ser confundida com arbitrariedade. A não-concessão de liminar quando evidente seu cabimento. Pena de tornar inútil o prosseguimento da demanda, ou sua concessão, em circunstância tal que torne fato consumado e irreversível a derrota do demandado, sequer chamado ao processo, são hipóteses de uso arbitrário do poder. Nestes casos, ao Juiz não caberá escolha. É seu dever tomar a decisão que preserve as cláusulas básicas do devido processo legal: o direito à defesa, ao contraditório e aos demais meios e recursos constitucionalmente assegurados.

15. Assim, em quaisquer das enunciadas hipóteses em que a medida liminar for obrigatória por indispensável à salvaguarda da utilidade do próprio processo, o seu indeferimento ensejará - além do recurso próprio cabível mandado de segurança para antecipação cautelar do pedido recursal, vale dizer, antecipação da própria liminar. Da mesma forma, presente hipótese de concessão de liminar quando a medida for proibida e decorrendo da execução dela risco de dano irreparável, à parte prejudicada assistirá o direito de recorrer e, mais do que isso, postular segurança para manutenção

do *status quo*, até o julgamento do seu recurso.